

LA CONDICIÓN LABORAL DEL CONSEJERO DELEGADO EN LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

JAVIER NÚÑEZ VARGAS

Magistrado Especialista en el Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

EXTRACTO

Palabras clave: alto directivo, personal de alta dirección, consejero delegado, consejero ejecutivo

Las posteriores reformas legales de la normativa societaria han modificado el estatuto jurídico de los consejeros delegados, principalmente en lo relativo a su régimen retributivo, lo que ha reducido la posibilidad de fraude que la teoría del vínculo trató de combatir. Paralelamente a lo anterior, en la interpretación de las normas comunitarias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha configurado un concepto de trabajador amplio, que puede no ser compatible con la exclusión del consejero delegado en la aplicación de la norma laboral por la jurisprudencia española.

Todas estas novedades obligan a revisar el estatus jurídico del consejero delegado y su laboralidad, si no se quiere incurrir en ciertas contradicciones. Para delimitar la frontera entre el ordenamiento laboral y el mercantil en esta materia, sería conveniente abordar una reforma legal que concretara los supuestos en los que el consejero que ejerza funciones de dirección puede beneficiarse del Derecho laboral, acabando con la indefinición tradicional del texto legal. Los criterios establecidos por la Ley General de Seguridad Social para configurar el ámbito de aplicación de cada régimen han sido un claro ejemplo de esta técnica legislativa.

ABSTRACT

Key words: *senior management, senior management staff, chief executive, managing director*

Subsequent legal reforms of company law have modified the legal status of chief executive, mainly concerning their remuneration system, which has reduced the possibility of fraud that the theory of the link sought to combat. Moreover, in the interpretation of community rules, the Court of Justice of the European Union has configured a broad concept of worker, which may not be compatible with the exclusion of the chief executive in the application of labour law by Spanish case law.

All these new updates compel us to review the legal status of the chief executive officer and his laborality, to not make certain contradictions. In order to delimit the boundary between labour and commercial law in this matter, it would be advisable to undertake a legal reform that would specify the cases in which directors that perform management functions can benefit from labour law, ending to the traditional lack of definition in the legal text. The established criteria by the General Social Security Act to configure the scope of application of each regime have been a clear example of this legislative technique. This is the subject of this study.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ALTO DIRECTIVO
 - 2.1. Legislación preconstitucional: la exclusión de la laboralidad
 - 2.2. Tránsito hacia la inclusión del alto directivo en el Derecho del trabajo
3. EXCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LABORALIDAD DEL CONSEJERO EJECUTIVO: TEORÍA DEL VÍNCULO
 - 3.1. Caracterización de la relación laboral especial de alta dirección
 - 3.2. Teoría del vínculo: construcción y desarrollo de la misma
 - 3.3. Acogimiento de la doctrina laboral por la Sala I del Tribunal Supremo
4. INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO
5. LA DOCTRINA DEL VÍNCULO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 5.1. Concepto de asalariado en el Derecho de la Unión: el consejero ejecutivo
 - 5.2. Conciliación de la teoría del vínculo con la jurisprudencia comunitaria
6. REFLEXIONES FINALES: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

1. INTRODUCCIÓN

Con tino encomiable autores como Miguel Reale, desde la teoría tridimensional del Derecho, agregaron a la concepción integral de la norma jurídica aspectos tan determinantes como la necesidad a la que obedece y el valor de justicia que persigue realizar, siendo ambas esferas condicionantes del resultado final de la ley que se elabore en cada contexto que se precie¹. Atendiendo al plano fáctico de la realidad social imperante y al ideal axiológico cuya consecución se pretende alcanzar, la norma tenderá a un sentido u otro, y será más o menos eficaz en función del momento histórico en que cobre vigencia.

El Derecho del trabajo en modo alguno es ajeno a esta circunstancia, sino que, con mayor intensidad que el resto de ramas del ordenamiento, responde a las demandas sociales, con frecuencia perentorias, y a las finalidades que le son consustanciales, como la tuitiva o de protección del trabajador y la resolución pacífica de la conflictividad social. Con este sustrato tan cambiante y dinámico no resulta difícil asimilar la singularidad de que una misma institución jurídica laboral haya estado sometida a regulaciones de muy diverso signo y contenido, incluso opuestas entre sí, como ha sido el caso del trabajo desempañado por el alto directivo a lo largo de su devenir histórico hasta la actualidad.

Más de un siglo ha transcurrido desde que la primera legislación laboral excluyera a los directivos de su ámbito de aplicación, para posteriormente acogerlos, y, sin embargo, todavía hoy el concepto de alto directivo y su extensión jurídica

¹ Reale, M. *Teoría Tridimensional del Derecho*. 1ª ed. Tecnos. Madrid, 1997.

continúa atravesando distintos avatares que motivan su revisión, muy especialmente en lo concerniente a la concurrencia de la labor directiva con el desempeño del cargo de administrador de la sociedad en la que aquél desarrolle su actividad profesional. Pese a que, en los últimos treinta años, la jurisprudencia patria había conformado un cuerpo de doctrina sólido que solventara estas eventualidades, nuevas reformas legales como la llevada a cabo por la Ley 31/2014 en el régimen de las sociedades de capital, y, con mayor trascendencia, los últimos pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aconsejan, cuanto menos, una reflexión sosegada sobre la conveniencia de adaptar el estatuto jurídico del alto directivo a estos cambios sobrevenidos, lo que se abordará en el presente estudio.

Salvo que la extraordinaria y urgente necesidad así lo imponga, en la construcción de sus argumentaciones el jurista debe huir de la inmediatez que trae consigo, bien una sociedad cada día más compleja, bien la precipitación de juicio por atrevimiento de la persona, por cuanto ello nos conduce al error en el empleo de la técnica, y, ulteriormente, a la frustración de las metas idealizadas. Al afrontar el objeto de este análisis ha de partirse del examen, siquiera en sus trazos básicos, de los precedentes normativos del alto directivo, ya que de otro modo no se alcanzará la cabal comprensión del estado de la cuestión, y, mucho menos, poder formular una propuesta de modificación.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ALTO DIRECTIVO

2.1. Legislación preconstitucional: la exclusión de la laboralidad

Aun cuando desde la óptica del Derecho del trabajo actual pudiera calificarse de incoherente con respecto a las notas definitorias de la relación *iuslaboral*, las primeras normas omitieron cualquier regulación del alto directivo, toda vez que su aplicación estaba orientada exclusivamente al trabajador manual, por lo que el ejercicio de funciones de dirección por los agentes colaboradores del empresario continuó rigiéndose por las disposiciones atinentes a los denominados factores mercantiles y, principalmente, gerentes, que se contenían en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885.

En este contexto deben de situarse algunas normas como la Ley de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo, que opta por el trabajo manual al definir los contornos de su ámbito de aplicación en el art.1; así como la Ley de 3 de marzo de 1904, de descanso dominical, que prohíbe el trabajo material los domingos. Siguiendo este parámetro, los arts.1 y 3 del Código de Trabajo de 1926 parecían limitar el objeto del contrato de trabajo a la prestación de obra o servicios manuales por obreros, lo que concuerda con la exclusión expresa de los “*directores y gerentes de empresa, y, en general los apoderados generales o factores mercantiles, con*

arreglo al Código de Comercio”, al configurar la competencia de los Tribunales Industriales, según rezaba su art.427².

Este primer conjunto de normas laborales respondía a una doble finalidad, cual es, de un lado, la tutela de las masas proletarias depauperadas en extremo por unas condiciones de trabajo que, en algunos casos, se aproximaba a las servidumbres personales propias de un pasado feudal, y, de otro, atender al intenso clima de revueltas sociales de la época, tratando de evitar el éxito de movimientos insurreccionales³. Guiada por estos fines, la primera legislación laboral acuñó una concepción del Derecho del trabajo como Derecho obrero, cuyos principales destinatarios son los asalariados industriales y todos aquéllos que presten servicios materiales precarios, por lo que no existió la necesidad real de extender estas normas primitivas a otras profesiones de distinta índole, como es el caso de los altos directivos, que fueron absolutamente preteridos.

Estas limitaciones no tardaron en superarse, al menos en parte, por la posterior Ley del Contrato de Trabajo de 1931, en cuyo art.6 se especificaba que tendrían la condición de trabajadores, entre otros, “*los encargados de empresas, los contramaestres y los jefes de talleres*”, así como los trabajadores intelectuales. Sin embargo, aunque por primera vez se previeron los trabajadores que ejercieran funciones de alta dirección de empresas, el art.7 del mismo texto legal las excluyó de su aplicación cuando, “*por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo*”. Como constató la jurisprudencia de la época sentada por el Tribunal Supremo⁴, el elemento determinante de la laboralidad en esta nueva legislación era la dependencia en el trabajo, entendiéndose el resto de criterios como indicios que habrían de jugar a favor o en contra de dicha cualidad, de suerte que cuando se apreciara autonomía en la prestación de servicios de dirección no será aplicable la norma laboral.

La definición tan amplia dada por la Ley de 1931 acerca de los altos directivos, refiriéndose a “*directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas*” que gozaran de la independencia reseñada, tuvo como consecuencia inmediata la exclusión, no sólo de aquellos trabajadores que desempeñaran una actividad directiva respecto de la totalidad del negocio o industria, sino también de los meros directores técnicos de un departamento o trabajo concreto, lo que actualmente podría denominarse como mandos intermedios o jefes de sección. Esta exégesis jurisprudencial del art.6 de la Ley de 1931 pudo observarse incluso

² Martínez Moreno, C. *El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación*. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social. N°36. 1995. Págs. 15 a 80.

³ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 39ª ed. Tecnos, Madrid. 2018. Pág. 71.

⁴ SSTs 12 de mayo de 1934, 17 de agosto de 1939 y 23 de octubre de 1940, entre otras.

en diversos pronunciamientos judiciales posteriores a la entrada en vigor de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, a pesar de la nueva letra de la norma⁵.

Como su precedente, esta Ley incluía en su ámbito de aplicación a los encargados de empresas, los contramaestres y los jefes de talleres o de oficinas, conforme al art.6. Sin embargo, el art.7 excluía de la tutela de la Ley a “*las personas que desempeñen en las empresas funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo*”, añadiendo una enumeración ejemplificativa que cerraba con la cláusula residual referente a otras exclusiones previstas en las correspondientes reglamentaciones. Este precepto pronto permitió, no sólo a la jurisprudencia posterior, sino también a un amplio sector de la doctrina laboralista, entender que la dependencia ya no ocupaba el centro en torno al cual construir el concepto de alto cargo, pues no era su rasgo más definitorio⁶. Ciertamente, en contraposición al régimen normativo precedente la jurisprudencia sentada a partir de la década de los 50 comenzó a restringir el concepto de alto cargo atendiendo, no a su dependencia, sino principalmente a la naturaleza y contenido de las funciones ejercitadas por el trabajador, estableciendo que únicamente cuando la dirección recayera sobre el negocio en su conjunto y en todas sus esferas procedería excluir a aquél de los beneficios de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944⁷. Este cambio notable comportó la inclusión en la legislación laboral de los directores técnicos que bajo la vigencia de la anterior Ley de 1931 habían sido excluidos.

Lo expuesto hasta ahora presume de la claridad que es propia tan sólo de un ensayo o comentario doctrinal, pero que, de ordinario, suele desvanecerse cuando se predica de la jurisprudencia que debe resolver un crisol de supuestos de hecho en el que cada caso matiza al anterior y presenta serias singularidades, siendo difícil mantener conclusiones generalizadas. La complejidad práctica de la materia se sumaba a la indefinición de las normas legales examinadas, lo que desembocó en una gran variedad de pronunciamientos casacionales que se apoyaban en criterios de decisión divergentes, cuando no contradictorios entre sí⁸. La falta de precisión de las disposiciones legales promulgadas hasta la fecha condujo a la inevitable discusión sobre la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por los altos cargos, afirmando buena parte de la doctrina que, lejos de ser concebidos como profesionales ajenos a las notas características del Derecho laboral, aquéllos

⁵ Fernández Marcos, L. *Jurisprudencia en torno al concepto de altos cargos*. Revista de Política Social. N°86 abril/junio 1970. Págs. 177 a 185.

⁶ Cleofé Sánchez, D. *Jurisprudencia en torno al concepto de alto cargo*. Revista de Política Social. N°87 julio/septiembre 1970. Págs. 168 a 177.

⁷ Bayón Chacón, G. *El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo*. Revista de Política Social. N°71 julio/septiembre 1966. Págs. 5 a 24.

⁸ Un profundo análisis de la casuística jurisprudencial puede encontrarse en Almansa Pastor, JM. *La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español*. Revista de Política Social. N°71 julio/septiembre 1966. Págs. 25 a 36.

son trabajadores, aunque exceptuados por la ley⁹. Más allá, no faltó algún autor que arguyó el verdadero carácter de trabajadores dependientes y por cuenta ajena de los altos cargos para proponer *lege ferenda* su inclusión en el Derecho del Trabajo sin vacilación alguna, ya que lo contrario supone minorar sin justificación bastante el ámbito de aplicación personal de esta rama del ordenamiento¹⁰.

2.2. Tránsito hacia la inclusión del alto directivo en el Derecho del trabajo

En contadas ocasiones una institución jurídica pasa del sometimiento a un régimen dado a otro de signo opuesto, o sustancialmente dispar, sino que usualmente atraviesa diversas categorías intermedias que presagian el cambio inminente. Esta nueva senda en el estatus del alto cargo se inauguró por las normas de protección social, que mercedamente disfrutaron del título de vanguardistas que les fue atribuido por la casi totalidad de la doctrina laboralista¹¹.

Se ha querido ver como antecedente remoto y aislado de esta tendencia a la inclusión en el ámbito social de los altos directivos a la Ley de 18 de julio de 1938, por la que se crea el Subsidio Familiar de carácter obligatorio, en la que se prevé genéricamente como asegurado a todo trabajador por cuenta ajena, cualquiera que sea la “*forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo*”, así como su Reglamento de desarrollo, de 20 de octubre del mismo año¹². No obstante, la primera norma que incluyó a los altos cargos en los beneficios propios de la previsión social fue el Decreto de 17 de noviembre de 1950, por el cual se incorporan obligatoriamente al mutualismo laboral a aquéllos “*con igualdad de derechos que los demás de afiliados*”, según presume su mismo preámbulo. Este puede considerarse un punto de inflexión de suma trascendencia que señala la orientación, hasta entonces inédita, que habrán de continuar las disposiciones futuras que rijan los distintos sistemas de previsión nacional, sin distinguir entre clases de trabajadores por razón de su jerarquía, rango de retribución, capacitación o cuales quiera otras circunstancias que pudieran prejuzgar su autosuficiencia¹³.

⁹ Así lo entiende Alonso Olea, M. *En torno al concepto de contrato de trabajo*. Anuario de Derecho Civil. 1967. Págs. 117 a 152. En sentido contrario, Almansa Pastor, op. cit.

¹⁰ Montoya Melgar, A. *El ámbito personal del Derecho del Trabajo*. Revista de Política Social. Nº71 julio/septiembre 1966. Págs. 87 a 101.

¹¹ En este sentido, Bayón Chacón, op. cit. Pág. 13; Fernández Marcos, op. cit. Pág. 178.

¹² De esta forma tendría la condición de asegurados los altos directivos, aun cuando se encontraban excluidos de la aplicación de las normas laborales por el art.7 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931, y, con posterioridad, por el mismo precepto de la Ley de 1944. Así lo entendió la Dirección General de Previsión en sus resoluciones de 7 de febrero de 1949 y 11 de julio de 1955; ésta última incluyendo a los consejeros de sociedades de anónimas.

¹³ Sobre la repercusión de esta reforma legal *in extenso*, Blanco Rodríguez, JE. *La incorporación de los altos cargos afectados por el art.7 de la Ley de Contrato de Trabajo. El tope de cotización a las mutualidades y montepíos laborales*. Revista de Política Social. Nº9 enero/marzo 1951. Págs. 64 a 72. Téngase presente que la trascendencia de este Decreto es tan palmaria

Continuando esta pauta, el art.8 del Reglamento General del Mutualismo Laboral, de 10 de septiembre de 1954, declaró expresamente comprendidos en el concepto de mutualistas a los altos cargos excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 que definió como afiliados el anterior Decreto de 1950.

La dinámica marcada por el conjunto de normas de previsión social hasta aquí expuesta cristaliza con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social¹⁴, que se concreta en el art.61.2.a) de la Ley de Seguridad Social de 1966, por el que se comprenden en el campo de aplicación de este sistema de protección a los “*cargos directivos de las empresas, excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo*”. Sin embargo, a continuación, se rechaza tajantemente la inclusión de “*quienes ostenten pura y simplemente cargos de Consejeros en las empresas que adopten forma jurídica de sociedad*”. Con el mismo tenor vuelve a reiterarse en el art.61 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, y en el art.97 de la Ley homónima de 1994.

A partir de este momento quedó fijado el parámetro delimitador de la protección social de los altos cargos en base a dos criterios: uno positivo que incorpora a la Seguridad Social a los trabajadores que ejerzan funciones de dirección, y otro negativo que excluye a aquéllos que se limiten a desempeñar el cargo de simple consejero o miembro del órgano administrador de la sociedad. Esta ecuación se tomará en adelante por el legislador como esquema básico, no sólo del campo de aplicación de la previsión social de los altos directivos, sino que también se proyectará sobre la laboralidad de la relación de servicios que aquéllos mantienen con la sociedad empleadora. Acogiendo esta novedad operada en la Seguridad Social, el legislador lo extenderá al Derecho laboral, y así quedarán anticipadas para las décadas venideras las virtudes, pero también los defectos propios de este sistema de deslinde entre aquel ordenamiento tuitivo y otras relaciones de servicio ajenas.

La norma laboral originaria que traslada el croquis ilustrado por el campo de aplicación de la protección social al régimen jurídico de los altos directivos fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en cuyo artículo segundo, c) se excluye de su ámbito a los consejeros, pero calificando, por primera vez, de relación laboral de carácter especial al “*trabajo de alta dirección o alta gestión de la Empresa*”, que no desempeñe el cargo de simple consejero y reúna los requisitos clásicos de la laboralidad, a saber, dependencia y ajenidad, guardando similitud plena con lo preceptuado en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Como ha venido siendo tradicional en el Derecho del Trabajo español, mediante la

que, casi medio siglo después, la STS Sala General de 29 de enero de 1997 (rec.2577/1995; ECLI:ES:TS:1997:517) lo cita expresamente para justificar el mantenimiento de los administradores sociales ejecutivos como encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴ Base Segunda, apartado cinco, a).

configuración de una determinada relación de servicios como relación laboral de carácter especial siempre se ha pretendido integrar en este ordenamiento protector a los trabajos identificados con las llamadas zonas grises del contrato de trabajo, sin desmerecer las singularidades de éstos, cuyo ejemplo más evidente ha sido el alto directivo¹⁵.

Acatando el mandato legal, el desarrollo de la regulación del trabajo del directivo como relación laboral especial quedó definitivamente establecido por la aprobación del RD 1382/1985, de 1 de agosto. La primera aspiración de este Reglamento fue la superación de “*situaciones de indefinición jurídica, e incluso vacío de regulación, que se habían venido produciendo por esta falta de tratamiento normativo*”, según clarifica su preámbulo, en alusión obvia al tratamiento jurídico del alto cargo dado por las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944. Sin desconocer las particularidades que caracterizan la función de alta dirección, la norma guía todo su articulado por el principio esencial de confianza recíproca entre el directivo y el empresario, hasta el punto de que algún sector de la doctrina no ha dudado en sostener la naturaleza “semi-laboral” de la relación jurídica¹⁶.

Una vez acotado el estatus jurídico del directivo en el marco de estas nuevas coordenadas, el mayor inconveniente que habrá de vencerse será la diferenciación nítida entre los conceptos de consejero, excluido del ámbito laboral, y de alta dirección, beneficiario de la tutela dispensada por el Derecho del Trabajo, máxime cuando concurren en un mismo sujeto ambas funciones de administración y dirección.

3. EXCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LABORALIDAD DEL CONSEJERO EJECUTIVO: TEORÍA DEL VÍNCULO

Ninguna rama del ordenamiento puede concebirse aisladamente como un compartimento estanco, sino que, muy al contrario, todas ellas presentan sinergias sin las cuales cada una quedaría desnaturalizada, siendo el alto directivo un buen ejemplo de esta evidencia, por cuanto en su estatus incide sobremano la regulación mercantil, particularmente la societaria.

¹⁵ Luján Alcaraz, J. *El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 58. 2005, Pág. 17.

¹⁶ Montoya Melgar. *Derecho del Trabajo*. op. cit. pág. 510. Dos son los argumentos que esgrime el autor para justificar esta afirmación: de un lado, el intervencionismo normativo propio del Derecho laboral cede en favor de la autonomía de la voluntad de los contratantes en casi todos los extremos de la relación de servicios; de otro lado, el régimen supletorio a aplicar será, no el laboral, sino el civil y mercantil.

3.1. Caracterización de la relación laboral especial de alta dirección

La dificultad de definir las funciones propias del directivo condujo a optar por una redacción genérica que pudiera adaptarse a las variaciones de la casuística empresarial, indicando el art.1.2 del RD 1382/1985 que entre aquéllas habrían de subsumirse el ejercicio de “*poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma*”. Desde un primer momento la jurisprudencia adoptó una interpretación restrictiva por entender que el régimen jurídico del alto cargo constituye una excepción a la regla general de la relación laboral común, aplicándose una presunción iuris tantum en favor de ésta última condición en detrimento de la anterior¹⁷. No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores, como resultado de la delegación de poder constatable en toda organización humana, con la alta dirección que delimita el art. 1.2. del RD¹⁸. Únicamente podría ser calificada como tal actividad directiva aquella en la que la intensidad del poder pueda llegar a determinar el sentido de la marcha de la empresa, correspondiente al núcleo organizativo de la misma, sin sometimiento a otros órganos intermedios, más allá del órgano de rectoría superior de aquélla¹⁹. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial también introdujo algún elemento de flexibilidad, señalando que, dada la complejidad de la estructura de las organizaciones empresariales, debe admitirse que estas decisiones trascendentales pueden tomarse en el marco de departamentos o áreas concretas y específicas, en las que pueden verse comprometidos dichos objetivos generales²⁰.

En adición a lo anterior, el art.1.2 del RD 1382/1985 añade un segundo presupuesto del concepto de alto directivo, cual es el desempeño del cargo 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*”. En la exégesis de este requisito normativo se ha constatado la necesidad del ejercicio autónomo de la actividad directiva, cuyo único y exclusivo

¹⁷ Esta jurisprudencia fue sentada tanto antes como después de la entrada en vigor del RD 1382/1985, en fecha 1 de enero de 1986. En este sentido, SSTS de 15 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5499) y 24 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:11331).

¹⁸ SSTS de 24 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:448); 13 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2314) y 11 de junio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:4463).

¹⁹ SSTS de 3 de julio de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:3825); 15 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5499); 27 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5756); 24 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:448) y 2 de enero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13). Más recientemente, esta doctrina unificada ha sido sistematizada por las SSTS de 12 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4260 y ECLI:ES:TS:2014:4513); y 16 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1543), entre otras. Igualmente, la jurisprudencia ha delimitado el concepto de alta dirección en el sector público, compendiando los términos de la misma la reciente STS 742/2023, de 11 de octubre (rec.2053/2021; ECLI:ES:TS:2023:4318).

²⁰ SSTS de 30 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:17037) y 3 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:1966).

límite lo constituyan las instrucciones generales que impartan los administradores o rectores del supremo gobierno empresarial, de lo cual se colige la exclusión de esta relación laboral especial de todos aquéllos trabajadores que, aun ostentando poderes directivos, se encuentren supeditados a las órdenes de un director general u otro cargo equivalente del organigrama de la empresa²¹. En su concordancia, los mandos intermedios o de segundo orden, que son el grupo más numeroso de directivos, quedarían regidos por la normativa de la relación laboral común²².

3.2. Teoría del vínculo: construcción y desarrollo de la misma

La clarividencia con la que fueron bosquejados los contornos del concepto de alto directivo hubo de afrontar, como se ha adelantado, el mayor de los obstáculos al tratar de discernir entre las funciones de administración de la sociedad titular de la empresa y la dirección o gerencia de ésta última, más aún cuando aquéllas coinciden en una misma persona, como el consejero delegado. Adviértase que en la práctica no es extraño observar incluso la simulación, bien de la condición de simple consejero ajeno a la relación laboral para esquivar obligaciones tales como las de cotización a la Seguridad Social, bien del estatus de alto cargo para beneficiarse de prestaciones de protección social²³. En este contexto, aconteció un fenómeno especialísimo e inverso a la tónica general de las relaciones de servicio, ya que, en lugar de la *huida del Derecho del Trabajo*, los consejeros investidos de funciones ejecutivas *huyeron hacia el Derecho del Trabajo*, con la finalidad de sortear los controles que la normativa mercantil imponía en materia de retribuciones de los mismos²⁴, cuyo régimen no puede ser ignorado desde el ámbito laboral.

Como es sabido, los administradores de la sociedad de capital habrán de ser nombrados por la junta general, la cual puede separarlos de su cargo en cualquier momento, estando los primeros subordinados a las facultades de la segunda, por más que los administradores actúen con autonomía en su cometido. No obstante, éstos últimos pueden encomendar ciertas funciones de su actividad a otros sujetos, ya fuere mediante apoderamiento, o bien por delegación. Esta segunda posibilidad tan sólo podrá tener lugar cuando la rectoría de la sociedad corresponde a un consejo de administración, el cual puede designar de entre sus miembros a uno o

²¹ SSTs de 24 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:11331); 11 de julio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:5509); 12 de septiembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6165) y 4 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:3943).

²² De Val Tena, Á. L. *Consejero Delegado y alto directivo: sobre la incompatibilidad de simultanear en la misma empresa dos cargos directivos*. Revista Doctrinal Aranzadi Social. Cizur Menor. 2013.

²³ Camps Ruiz, LM y Ramírez Martínez, JM (Coords.). *Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 102.

²⁴ *In extenso*, Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. *En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. N° 83. 2009. Págs. 41 a 64.

varios consejeros delegados, además de comisiones ejecutivas²⁵. Aunque mucho se ha debatido sobre la naturaleza orgánica-societaria o contractual de la relación jurídica existente entre el consejero delegado y la sociedad, en lo que aquí nos interesa, es claro que los primeros gozan, respecto del consejo de administración, de “*autonomía para ejercer las facultades que le han sido atribuidas en la delegación, sin perjuicio de que el consejo no pierde su competencia para controlar e impartir instrucciones o criterios de actuación respecto de tales facultades delegadas*”²⁶, apreciándose, por lo tanto, una jerarquía indudable.

En lo atinente a la retribución de los administradores, dejando al margen la reforma operada por la Ley 31/2014 a la que luego nos referiremos, desde un inicio se previeron una serie de cautelas que rigieran este extremo tan sensible, indicando que la misma debería ser fijada en los estatutos de la sociedad²⁷. A pesar de la parquedad de la redacción del precepto legal, la interpretación dada al mismo por la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN²⁸) en sus múltiples resoluciones determinó que los estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la entidad, y para garantía de los legítimos intereses de los socios, han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar, sin que pudiera dejarse al arbitrio de la junta, y mucho menos del consejo de administración, esta decisión²⁹.

Para vencer estas restricciones impuestas por la normativa societaria en la determinación del régimen retributivo de los administradores, éstos acudieron al amparo del Derecho del Trabajo, pretendiendo fuera calificada como laboral la relación de servicios existente entre el consejero ejecutivo y la sociedad, toda vez que el consejero delegado no desempeñaría “*pura y simplemente*” el cargo de consejero, sino que asume otras funciones adicionales de gerencia, con lo que no estaría afectado por la exclusión de laboralidad del art.1.3.c del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), debiendo de ser subsumido en la relación laboral especial de alta dirección en los términos del art.2.1.a) del mis cuerpo legal. De esta forma, al regirse por la normativa laboral las retribuciones del consejero ejecutivo no habrían de supeditarse necesariamente a las garantías propias del

²⁵ Art.141.1 de la LSA, actual art.249.1 de la LSC.

²⁶ STS Sala 1ª 215/2022, de 21 de marzo, FJ 3º.

²⁷ Art.74 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) 1951, posteriormente art.130 de la LSA 1989, actual art.217.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

²⁸ Téngase presente que la DGRN pasó a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a partir del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

²⁹ Resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 1991 (BOE nº55, de 5 de marzo de 1991, páginas 7536 a 7538), 26 de julio de 1991 (BOE nº213, de 5 de septiembre de 1991, páginas 29399 a 29400), 17 de febrero de 1992 (BOE nº116, de 14 de mayo de 1992, páginas 16444 a 16446), entre otras muchas; por citar otra más reciente, anterior a la reforma practicada por la Ley 31/2014, la resolución de 25 de febrero de 2014 (BOE nº80, de 2 de abril de 2014, páginas 28214 a 28217).

orden societario, sino que serían las estipuladas libremente en el contrato de trabajo suscrito entre aquél y el consejo de administración que le delegó parte de sus funciones, burlándose las previsiones de los estatutos sociales y los acuerdos de la junta general.

Sin embargo, esta pretensión quedó rápidamente frustrada por la jurisprudencia social, acuñándose a tal efecto la denominada teoría del vínculo, que postula la imposibilidad de acumular la condición de alto directivo cuando el mismo sujeto desempeña el cargo de miembro del órgano de administración de la sociedad. Originariamente construida por la tantas veces citada STS de 29 de septiembre de 1988, esta doctrina entiende que, mientras que la relación jurídica trazada entre el tercero ajeno al consejo de administración que sea apoderado puede incluirse en la relación de alta dirección regida por el RD 1382/1985, la delegación de aquel consejo en favor de un consejero ejecutivo es ajena al ordenamiento laboral en virtud del art.1.3.c), en tanto que, aunque dicho consejero delegado asuma funciones adicionales a las del mero miembro del órgano de administración, dichas tareas son de idéntica índole a la administración de la sociedad. En consecuencia, lo determinante será, no tanto el contenido de las funciones que se ejercen por el trabajador, “*sino la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza*”, siendo preponderante la vertiente orgánica y societaria de esta relación jurídica como miembro del consejo de administración a la *iustlaboral* que se pretende con base en el contrato concertado.

Aunque ha sido una idea muy extendida, resulta errado entender que los órganos de administración 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, coincidiendo con la actividad directiva propia del alto cargo conforme aparece descrita en el art.1.2 RD 1382/1985, de tal forma que la administración comprende por sí misma a la dirección o gerencia. Siendo similares ambos cargos, cuando concurren en un mismo sujeto su desempeño quedará excluido del Derecho laboral por imperativo del art.1.3.c) del ET, incluso en el caso en que pudieran observarse todos los presupuestos típicos de la relación laboral enunciados en el art.1.1 del mismo texto³⁰. Por lo tanto, el consejero ejecutivo únicamente podrá vincularse con la propia sociedad a la que sirve mediante un contrato de trabajo cuando se aprecien los requisitos propios de la relación laboral común u ordinaria, pero no los de la relación especial de alta dirección.

³⁰ SSTS de 21 de enero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:221); 13 mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2452); 3 junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2878); 18 junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3363); 27 de enero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:500); 11 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1642); 22 de diciembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:8853), entre otras muchas. Sistematizan esta teoría del vínculo tanto la STS de 20 de noviembre de 2002 (rec.337/2002; ECLI:ES:TS:2002:7733), como la de 26 de diciembre de 2007 (rec.1652/2006; ECLI:ES:TS:2007:9055).

Paralelamente a lo antedicho, pero guardando siempre una coherencia estricta con lo sostenido hasta ahora, la jurisprudencia ha advertido una segunda causa de exclusión de la laboralidad del directivo, y es la posibilidad de afirmar ausencia de ajenidad por ostentar la condición de socio, siempre y cuando el mismo disfrute de la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa en concepto de aportación a la sociedad, no tanto por cuenta de dicha sociedad. Reiteradamente, la participación en el capital social que es indicativa de la falta de ajenidad se ha fijado en un 50% o más³¹.

3.3. Acogimiento de la doctrina laboral por la Sala I del Tribunal Supremo

Vetada la laboralidad del consejero ejecutivo que realiza funciones directivas en aplicación de esta doctrina del vínculo, sus consecuencias fueron asumidas también por la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, aunque con vacilaciones, e incluso razonamientos discordantes. En varias de sus resoluciones el Alto Tribunal entendió que, en aquellos supuestos en que se constatará la realización de funciones que desbordan las de mero administrador, el consejero delegado podría disfrutar de retribuciones pactadas en el contrato suscrito con la sociedad, incluso cuando las mismas excedieran de los conceptos fijados en los estatutos sociales, no siendo aplicable a estos particulares las restricciones del art.130 de la antigua LSA³². Esta conclusión se apoyó en la concertación de un contrato de servicios entre la sociedad y el consejero delegado, pactando remuneraciones e indemnizaciones en favor del segundo sin sujetarse a los límites estatutarios, al entenderse que los consejeros ejecutivos, aunque se integran en el consejo de administración, realizan funciones que rebasan las del simple administrador³³. Se parte aquí de la confusión consistente en aceptar que la sociedad puede concluir un contrato laboral de alta dirección con quien es miembro del consejo de administración y realiza funciones directivas o de gerencia.

En otro sentido, con expresa remisión a los pronunciamientos de la Sala IV, la Sala I del Tribunal Supremo sentó de inmediato la prohibición para que el consejo de administración ni el consejero delegado, en su propio beneficio, pudieran acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala, recordando la necesidad de que los estatutos

³¹ SSTS de 26 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:9055); 739/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3660); y 206/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1005).

³² Este fue el caso de la STS 445/2001, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2001:3805).

³³ Esta vía interpretativa no puede considerarse aislada, sino que continuó en otras resoluciones, como las SSTS 301/2003, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:2124); y 441/2007, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2364).

sociales configuren con precisión el sistema retributivo de los administradores, sin que el mismo pueda ser alterado por el consejo de administración³⁴.

En buena medida, estas indefiniciones fueron vencidas por la doctrina jurisprudencial más reciente de la Sala I, la cual concluye que, como regla general, para admitir como legítima una retribución que no consta en los estatutos sociales en favor del administrador es indispensable acreditar con certeza la realización de funciones distintas a las del cargo de administrador, demostrándose convenientemente lo que se ha venido a denominar como “*elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa*”³⁵. Sin embargo, en el caso específico de los administradores que desempeñen funciones de alta dirección, como los consejeros ejecutivos, la observancia de este elemento objetivo presenta una dificultad obvia, y es que, como ya se expuso más arriba, las actividades del administrador son comprensivas de las del alto directivo, por cuanto el primero no es un órgano decorativo o simbólico³⁶. De ello se desprende que, en el supuesto de que el consejero realice cometidos directivos o ejecutivos, únicamente podrá beneficiarse de una remuneración no prevista por los estatutos sociales cuando se constate con meridiana claridad que ha llevado a cabo actividades diferentes a las incluidas en las de administrar, gestionar o dirigir, aproximándose más a los servicios propios de una relación laboral común que a la alta dirección³⁷.

4. INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El régimen retributivo de los consejeros ejecutivos y sus vicisitudes, que explicó la génesis de la teoría del vínculo expuesta, fue modificado por la Ley 31/2014, cuya meta última es la consecución del buen gobierno corporativo de las sociedades, como enfatiza el propio título dado a esta Ley. En esta materia se ha seguido un principio de suma trascendencia, cual es la acomodación de las retribuciones de los administradores a la evolución real de la empresa de la que la

³⁴ Esta doctrina jurisprudencial fue iniciada por la Sala 1ª en la STS 249/2005, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2464). Posteriormente ha sido reiterada en las SSTS 1392/2007, de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2007:169); 450/2007, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2535); y 448/2008, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2900).

³⁵ STS 893/2012, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9361).

³⁶ Este razonamiento vuelve a reproducirse en las SSTS 412/2013, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3443); y 411/2013, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3609).

³⁷ La síntesis de esta doctrina puede encontrarse en la exposición detallada contenida en la STS 708/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5225). No obstante, en el objeto litigioso planteado se admitió la remuneración del administrador, por cuanto, aunque no estaba prevista en los estatutos de la sociedad, aquélla fue votada favorablemente por el socio único, el cual no podría ser perjudicado por una mera formalidad ilógica.

sociedad es titular, y al interés de ésta y sus accionistas, más aún cuando se trata de sociedades cotizadas³⁸.

En línea con las exigencias ya mantenidas por la DGRN, la reforma requirió que las previsiones estatutarias detallaran con rigor el sistema de remuneración del administrador, en los términos de la nueva redacción dada al art.217 de la LSC. Más específicamente, para el caso de designación de consejero delegado, el art.249 del mismo texto pasó a demandar la celebración de un contrato entre éste y el consejo de administración, en el cual habrían de constar todos los conceptos retributivos de los que gozaría aquél, que, en todo caso, deberían ser conformes a la política aprobada por la junta general. Estas previsiones se reiteran en la configuración de las retribuciones de los consejeros ejecutivos de las sociedades cotizadas, que, según reza el art. 529 octodecies, habrán de atemperarse a los requisitos enunciados en el art.249. Recientemente, la Ley 5/2021 ha introducido la obligación de hacer constar, cuanto menos, la remuneración fija anual de este tipo de consejeros en la política de retribuciones que apruebe la junta general en concordancia con las previsiones estatutarias, fortaleciendo el control exhaustivo de la sociedad sobre las retribuciones de sus administradores, que constituye la verdadera *ratio legis* de este conjunto de reformas legales.

Ante estas novedades legislativas, no faltaron quienes, desde una posición crítica con los postulados de la teoría del vínculo, abogaron por su reformulación, al entender que resultaba inviable defender su pervivencia sin incurrir en un desconocimiento de la organización real de las sociedades y su creciente complejidad. El argumento fundamental que adujo este sector de la doctrina científica para sostener esta revisión y concluir la compatibilidad entre el desempeño de funciones de administración y alta dirección partió de la necesidad de celebrar un contrato de servicios entre el consejo de administración y el consejero ejecutivo en quien aquel delegó, según el art.249.3 de la LSC, aproximándose más a la relación laboral que a la meramente civil³⁹. Además, esta previsión constituye una singularidad de los consejeros delegados con respecto al régimen general de los administradores, para los cuales el art.217 no contiene esta equivalencia.

Así mismo, en la confección del sistema retributivo de los administradores de la sociedad, la reforma ha insistido en su articulado que la remuneración que podrá estipularse en su beneficio lo será “*en su condición de tales*” (art.217.2), mientras que en el caso de los consejeros delegados la retribución obedece a “*el desempeño de funciones ejecutivas*” (art.249.4), al igual que sucede con los consejeros de las sociedades cotizadas, respecto de los que se diferencia entre su remuneración como tales consejeros (art.529 septdecies) y por el ejercicio de funciones ejecutivas

³⁸ Así lo destaca la propia EM de la Ley 31/2014, en su apartado VI.

³⁹ López Cumbre, L. *¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?* Publicaciones en Gómez Acebedo & Pombo. Abril 2022. Pág. 5

(art.529 octodecies). De ello podría deducirse que el legislador ha acogido una diferenciación neta entre la condición de puro y simple consejero y la de consejero investido de competencias ejecutivas, justificando la compatibilidad entre el cargo de miembro del órgano de administración de la sociedad y las tareas consustanciales a la alta dirección.

Siguiendo estos razonamientos sería forzoso concluir que el nuevo régimen jurídico implantado por el Derecho societario admite sin mayor dificultad, de un lado, la relación jurídica orgánica entre el consejero miembro del órgano de administración y la sociedad en la que éste se integra, y, de otro lado, la relación contractual formalizada entre el consejero ejecutivo y el consejo de administración que delegó parte de sus funciones de dirección y gerencia en el primero⁴⁰. Aceptada esta dicotomía, teniendo presente los motivos indicados hasta aquí, existiría una base suficiente para poder calificar de laboral el contrato suscrito entre el consejero ejecutivo y el consejo de administración.

Sin embargo, las innovaciones representadas por la Ley 31/2014 no parecen haber tenido el efecto pretendido por la anterior doctrina en la interpretación que de la norma positiva ha hecho la jurisprudencia. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha abordado convenientemente los cambios legales referidos, conciliándolos con las premisas tradicionales de la teoría del vínculo, sino que ha mantenido inalterada la misma sin referencia alguna a aquéllos. En cambio, han recaído diversos pronunciamientos por la Sala de lo Civil del Alto Tribunal que preservan los axiomas elementales en los que se apoyó la elaboración de dicha teoría.

A pesar de los esfuerzos realizados por un segmento de la doctrina en argumentar una distinción relevante entre las funciones del simple consejero y las del consejero ejecutivo que asume la gerencia de la sociedad, no es posible apreciar esta diferencia si nos atenemos al dictado estricto de las disposiciones legales. Esta postura jurisprudencial que había sido sentada por la Sala de lo Social en las resoluciones que se han examinado más arriba ha sido reiterada por la Sala de lo Civil tras la reforma operada por la Ley 31/2014, indicando que la condición de administrador incluye tanto las funciones de carácter deliberativo como también las ejecutivas, y por ello el art.209 de la LSC, que no ha sido modificado por la reforma comentada, sigue disponiendo que es competencia de aquél *“la gestión y la representación de la sociedad”*. De forma gráfica y terminante se estableció por la jurisprudencia que *“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.*

⁴⁰ 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. Pág. 29.

*No encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión*⁴¹.

En coherencia con esta afirmación, en esta misma resolución la Sala I descarta que el sistema retributivo implantado por el legislador diferencie el régimen jurídico de los administradores “*en su condición de tales*” y los consejeros ejecutivos, toda vez que la exigencia general de previsión estatutaria que se advierte en el art.217 de la LSC habrá de aplicarse a todos los administradores, incluyendo los consejeros delegados, los cuales, además, deberán observar las particulares garantías que prevé el art.249 del mismo cuerpo legal, de tal manera que unos y otros han de plegarse a las cláusulas contenidas en los estatutos de la sociedad y a los criterios aprobados por la junta general . Con anterioridad, la DGRN había seguido la tesis contraria a la fijada por el Tribunal Supremo, comprendiendo que la nueva norma legal abría la posibilidad de distinguir entre la retribución del cargo de administrador y la de otras funciones extrañas a dicho cargo, o al menos a una interpretación limitada y estricta del estatus de administrador⁴². No obstante, la DRGN se ha adaptado a la nueva jurisprudencia sentada, declarando que la necesidad de que las retribuciones de los administradores se atengan a las reservas de los estatutos sociales se predica tanto respecto de los consejeros puros y simples como de los ejecutivos, debiendo éstos últimos de acatar cumulativamente las singularidades del art.249.

Precisamente, las especificidades legales introducidas respecto a los consejeros delegados, cuyas retribuciones, además de respetar los límites estatutarios y la cuantía máxima anual determinada por la junta general, deberán figurar en el contrato suscrito con el consejo de administración (arts.217 y 249.4), aconsejan una interpretación flexible de estos requisitos que permita reconocer al consejo de administración una cierta autonomía en la distribución de dichas remuneraciones, haciendo compatible el interés de la sociedad y su buena marcha con la práctica compleja de su gobierno⁴³. Haciendo suya esta doctrina, la DGRN ha concluido que, aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos⁴⁴.

Teniendo presente lo razonado en los párrafos que anteceden, la obligación novedosa de celebrar un contrato entre el consejero ejecutivo y el consejo de

⁴¹ STS 98/2018, de 26 de febrero, FJ 6º (ECLI:ES:TS:2018:494).

⁴² Resolución de 17 de junio de 2016 (BOE nº175, de 21 de julio de 2016, páginas 51301 a 51305).

⁴³ STS 98/2018, FJ 6º, apartado 23 (ECLI:ES:TS:2018:494).

⁴⁴ Resoluciones de 7 de julio de 2021 (BOE nº177, de 26 de julio de 2021, páginas 89957 a 89967) y 16 de noviembre de 2021 (BOE nº289, de 3 de diciembre de 2021, páginas 149459 a 149464).

administración que prevé el art.249.3 de la LSC no goza de la trascendencia que el sector doctrinal crítico con la teoría del vínculo le atribuye, por cuanto dicho precepto no presume la naturaleza laboral de esta relación de servicios, habiéndolo interpretado la jurisprudencia más reciente en el sentido contrario, como ya se hubiera hecho por la doctrina mayoritaria pretérita. Efectivamente, incluso tras la reforma dada por la Ley 31/2014, la Sala I del Tribunal Supremo ha recordado la distinción entre la representación orgánica que legalmente corresponde a los administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales. Mientras que esta última se rige por la normativa correspondiente al contrato de mandato, la primera representación se atiene a la regulación societaria que haya de aplicarse⁴⁵, de lo que se desprende que el contrato preceptivo que habrá de celebrarse con el consejero ejecutivo no necesariamente habrá de someterse al Derecho laboral por el sólo hecho de que una norma estrictamente societaria exija la formulación de este negocio jurídico, sino que esta laboralidad tan sólo podrá declararse al cobijo del ámbito de aplicación personal que describe el art.1 del ET.

En definitiva, aunque las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 31/2014 en el régimen jurídico del sistema retributivo de los administradores sociales tienen una importancia capital, no debe sobredimensionarse su significación otorgándole un sentido que desborda ampliamente su finalidad y espíritu. La redacción de esta norma legal, desde su exposición de motivos hasta el detalle de su preceptuado, es expresiva de esta meta principal, cual es el reforzamiento de la capacidad de supervisión de la misma sociedad de los emolumentos que pudieran percibir los administradores por el cumplimiento de su cometido, debiendo ser éstos adecuados y concordantes con la situación económica real de la sociedad, como se sintetiza en el art.217.4 de la LSC. Por tanto, otras consideraciones ajenas a este propósito desbordarían la letra de la ley.

5. LA DOCTRINA DEL VÍNCULO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Muy probablemente, cuando la jurisprudencia patria elaboró la teoría del vínculo para rechazar la laboralidad del directivo que tuviera la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad ignoraba que, en el futuro, habría de amoldarse a normas transnacionales. En la actualidad, la interrelación entre los ordenamientos nacionales y el Derecho de la Unión es tan profunda que comporta el establecimiento de conexiones en cualquier ámbito material del sistema

⁴⁵ Esta jurisprudencia había sido sentada en pronunciamientos anteriores, como las SSTs 219/2002, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1847); y 714/2013, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5638), entre otras muchas. Más recientemente, ha vuelto a reproducirse en la STS 362/2021, de 25 de mayo, FJ 9º (ECLI:ES:TS:2021:2125).

jurídico, como es el caso de la relación jurídica de servicios del administrador social y el directivo y la posible naturaleza laboral de la misma.

5.1. Concepto de asalariado en el Derecho de la Unión: el consejero ejecutivo

Aun cuando pudiera pensarse que la definición de la condición de trabajador por cuenta ajena está reservado a los ordenamientos de los distintos Estados miembros, la trascendencia de las normas de la Unión y el efecto directo del que gozan éstas determina su prevalencia sobre aquellas materias cuya competencia se encuentra atribuida a las instituciones comunitarias conforme a los tratados constitutivos, como manifestación del principio de primacía que rige las relaciones entre las disposiciones nacionales y las europeas. Como consecuencia de ello, aunque los Estados miembros podrán articular el concepto de asalariado y delimitar, por ende, el ámbito de aplicación personal de sus normas laborales en la forma que estimen más adecuada a los fines de orden tuitivo, no puede desconocerse que, respecto a las competencias propias de la Unión, en la aplicación de las normas que ésta última hubiera dictado en su ejercicio deberá estarse al concepto estricto de trabajador que trace el Derecho comunitario y la jurisprudencia que lo interpreta.

Ha de tenerse en consideración que la Unión es cotitular de la competencia, compartida junto a los Estados miembros, sobre política social, cohesión económica, social y territorial, y mercado interior (art.4 del TFUE), debiendo tender en su acción legislativa a la consecución de fines como el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, y otras metas señaladas por el art.151 del mismo Tratado. Estos objetivos han de ser preservados a cualquier nivel por mandato expreso de los Tratados constitutivos, suponiendo necesariamente la limitación del margen de que disponen los Estados miembros en la configuración del concepto de trabajador en aras a salvaguardar la eficacia de las distintas Directivas que constituyen el núcleo de la política social europea. *“La naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral en el Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario”*⁴⁶.

En estos términos se ha pronunciado la jurisprudencia constante del TJUE en las diferentes esferas de la política social comunitaria, ya fuera en la aplicación de la Directiva 92/85 sobre protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁴⁷, la Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las

⁴⁶ SSTJUE de 23 de marzo de 1982, Levin, asunto C- 53/81, apartado 16; de 31 de mayo de 1989, Betray, asunto C-344/87, apartados 15 y 16; de 19 de noviembre de 2002, Kurz, asunto C-188/00, apartado 32; de 7 de septiembre de 2004, Trojani, asunto C-456/02, apartado 16; y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, asunto C-116/06, apartado 26.

⁴⁷ SSTJUE Kiiski, antes citada, apartado 24; y de 11 de noviembre de 2010, Danosa, asunto C-232/09, apartado 40.

legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁴⁸, o la Directiva 2008/94 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴⁹.

El hecho de que el concepto de trabajador por cuenta ajena debe ser interpretado a la luz de las disposiciones contenidas en cada una de las Directivas a observar y de su finalidad concreta en el marco de la política social no supone la imposibilidad de esclarecer los elementos básicos de la definición del asalariado en el Derecho de la Unión, con carácter general. Así, la jurisprudencia comunitaria viene entendiendo que *“la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”*⁵⁰. Pueden apreciarse en esta descripción las distintas notas determinantes de la laboralidad en los términos del art.1.1 del ET, a saber, voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia.

Estos presupuestos del concepto comunitario de trabajador asalariado habrán de comprobarse respecto de cada uno de los sujetos que presten servicios por cuenta de un tercero, cualquiera que sea su estatus o rango, incluso en referencia a los miembros del órgano de administración de una sociedad de capital, de suerte que si una persona reúne los requisitos enumerados en el párrafo anterior, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es relevante, y habrá de afirmarse su condición de trabajador⁵¹. En este supuesto específico, deberán escrutarse el conjunto de hechos y circunstancias que contextualizan las relaciones entre las dos partes, sociedad y administrador, dirimiendo si concurre un nexo de subordinación entre ambas. En todo caso, la condición de miembro del consejo de administración no puede excluir por sí sola la dependencia característica de una relación *iustlaboral*, por lo que será preciso examinar la verdadera naturaleza de las funciones realizadas por el consejero, las facultades de las que está investido y el control al que es sometido por la sociedad, incluida su posible destitución.

Bajo estos parámetros, el Tribunal de Justicia ha descartado que la calificación por el Derecho nacional del Estado miembro como mandato, civil o mercantil, del

⁴⁸ SSTJUE de 13 de febrero de 2014, Comisión c. Italia, asunto C-596/12, apartado 17; y de 9 de julio de 2015, Balkaya, asunto C-229/14, apartado 33.

⁴⁹ SSTJUE de 17 de noviembre de 2011, van Ardenne, asunto C-435/10, apartado 27; de 5 de noviembre de 2014, Tümer, asunto C-311/13, apartados 35 y 42; y de 5 de mayo de 2022, HJ, asunto C-101/21, apartado 34.

⁵⁰ Esta acepción del término jurídico trabajador puede encontrarse en los muy diversos ámbitos de las normas sociales comunitarias, como es el caso de las SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, asunto C-66/85, apartados 16 y 17; de 13 de enero de 2004, Allonby, asunto C-256/01, apartado 67; Kiiski, ya citada, apartado 25; Danosa, antes citada, apartado 39; Comisión c. Italia, citada, apartado 17; y Balkaya, citada, apartado 34.

⁵¹ SSTJUE Bettray, ya citada, apartado 16; de 26 de febrero de 1992, Raulin, asunto C-357/89, apartado 10; Danosa, citada, apartado 40; y Balkaya, citada, apartado 36.

contrato que haya suscrito el consejero con la sociedad implique necesariamente la exclusión del primero del concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos del Derecho de la Unión. Aunque puede admitirse que el consejero no goce del tratamiento jurídico como asalariado cuando no se acredite una relación de dependencia, esta exclusión no podrá aplicarse en caso contrario, es decir, cuando concurra aquélla. Dicha subordinación ha sido apreciada por la jurisprudencia comunitaria en los casos en que el consejero, por más que disfrutara de un alto grado de autonomía en la gestión y representación de la sociedad, está obligado a rendir cuentas ante ésta en el ejercicio de su cargo, pudiendo llegar a ser separado del mismo⁵².

Siguiendo estas mismas consideraciones, la jurisprudencia comunitaria más reciente ha dispuesto que la concurrencia en un mismo sujeto de las funciones de dirección y la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad no puede suponer por sí sola la negación a aquél de la calificación como trabajador asalariado, en el ámbito del Derecho de la Unión⁵³, por cuanto, para ello, es obligado resolver previamente si pueden apreciarse las notas definitorias del concepto de trabajador por cuenta ajena, en la concepción que maneja el Tribunal de Luxemburgo. Procede, por lo tanto, examinar la compatibilidad de dicha jurisprudencia con la teoría nacional del vínculo.

5.2. Conciliación de la teoría del vínculo con la jurisprudencia comunitaria

Para evaluar cabalmente el impacto que la jurisprudencia comunitaria pudiera tener respecto a la doctrina del vínculo acuñada por el Tribunal Supremo el lector debe ser consciente de que los efectos emanados de los pronunciamientos del Tribunal europeo deben circunscribirse a la extensión del concepto de trabajador por cuenta ajena en la aplicación estricta de normas de Derecho de la Unión, y sólo en su ámbito respectivo, sin que pueda reconocérsele virtualidad para modificar o alterar con carácter inmediato y directo la noción de asalariado confeccionada por la norma nacional. Sin embargo, teniendo presente, de un lado, la cada día mayor relevancia de la regulación comunitaria, que se expande por todos los sectores del orden laboral, y, de otro lado, la necesidad de preservar la unidad del ordenamiento jurídico en sus diversas vertientes, sin que sea acertado compartimentar las distintas materias, ha de admitirse sin grandes inconvenientes la influencia decisiva de la norma europea.

La esencia de la doctrina del vínculo en ningún caso niega los caracteres definitorios de la laboralidad que se describen en el art.1.1 del ET⁵⁴, sino que, aun admitiendo la concurrencia de los mismos en el directivo que a su vez es

⁵² SSTJUE Danosa, ya citada, apartados 42 a 51; y Balkaya, citada, apartados 37 a 43.

⁵³ STJUE HJ, antes citada, apartado 36.

⁵⁴ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. págs. 55 y 56.

miembro del órgano de administración social, descarta que aquél pueda gozar de la condición de trabajador al entender que prevalece el vínculo societario u orgánico sobre la prestación de servicios de dirección, absorbiendo la calificación de administrador social la de director o gestor de la sociedad. Frente a esta consideración, como ya se ha adelantado, la jurisprudencia sentada por el TJUE ha advertido que, una vez se haya constatado el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos determinantes del concepto de trabajador, en los términos ya analizados, es irrelevante la naturaleza del vínculo que una al prestador de los servicios con quien los reciba. De esta forma, la contraposición entre la doctrina del Tribunal comunitario y la del Tribunal Supremo parece ser frontal.

Pese a la aparente simplicidad de la cuestión, lejos de poderse resolver con esta facilidad con la que se ha planteado, las normas comunitarias prevén diversas excepciones por mor de las cuales podría llegar a sostenerse la compatibilidad con la teoría del vínculo nacional. Los mayores obstáculos a la pervivencia de esta doctrina patria pueden localizarse, además de otras resoluciones previas que se analizaron en el epígrafe anterior, en la STJUE de 5 de mayo de 2022, HJ, asunto C-101/21, en tanto que en ella se concluye con rotundidad que, a los efectos de la Directiva 2008/94, el simple hecho de que un directivo de la sociedad pertenezca a sus órganos de administración no excluye su calificación como trabajador. No obstante, la propia Sentencia aborda dos supuestos en que podría negarse dicha condición al directivo en virtud de las excepciones previstas por la citada Directiva, lo que al mismo tiempo puede reconducirse a la carencia de las notas de dependencia y ajenidad en la relación de prestación de servicios.

El primero de los supuestos en que la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar la protección por insolvencia empresarial se enuncia en el art.12.a), el cual faculta a aquéllos para “*adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos*”. En concordancia con esta redacción, podrán preverse aquellas prácticas abusivas que tengan por objetivo crear artificialmente un crédito salarial en favor del presunto trabajador, generando una carga ilícita que habría de soportar la institución de garantía en cuestión. Sin embargo, como quiera que el legislador europeo ha configurado esta posibilidad como una excepción a la regla general, siempre habrá de ser interpretada de forma restrictiva, y, además, coherente con la finalidad social que informa el sentido de la Directiva, cual es dotar a los trabajadores de una protección mínima equivalente en todo el territorio de la Unión⁵⁵. Esta exégesis conduce a sostener que las exclusiones de la garantía salarial que puedan establecer los Estados miembros deben atemperarse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea admisible presumir,

⁵⁵ Esta doctrina ya fue sentada al amparo del antiguo art.10, a) de la Directiva 80/987, precedente del actual art.12.a) de la Directiva 2008/94, como se refleja en la STJUE de 11 de septiembre de 2003, Walcher, asunto C-201/01, apartado 38, a la que remite la STJUE HJ ya citada, apartado 40.

en todo caso, una conducta fraudulenta por parte de aquél miembro del órgano de administración social que a su vez desempeña funciones de dirección⁵⁶.

Teniendo presente las claves interpretativas hasta aquí expuestas, podría llegar a argumentarse la compatibilidad de la teoría del vínculo ideada por la jurisprudencia nacional con la doctrina emanada por el Tribunal comunitario, toda vez que el Tribunal Supremo en ningún caso ha derivado de aquella teoría la presunción irrefutable de que el administrador social que ejerza funciones de dirección nunca podrá actuar en el seno de una relación de servicios con dependencia y subordinación⁵⁷. Aunque la jurisprudencia española ha mantenido la imposibilidad de calificar de alto directivo al miembro del órgano de administración, por el contrario, como ya se adelantó, ha admitido la posibilidad de que actúe en el ámbito de una relación laboral ordinaria, siempre y cuando puedan apreciarse los presupuestos legales para ello.

En segundo lugar, el Estado miembro puede rechazar la garantía de los créditos salariales de los altos directivos cuando, *“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”*, conforme habilita el art.12.c) de la Directiva 2008/94. La finalidad principal a la que responde esta excepción al régimen general será la de impedir que un trabajador asalariado, que tenga 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, sea beneficiario de una protección especial frente a la situación de insolvencia de la que precisamente puede ser responsable⁵⁸.

No obstante, es requisito indispensable para amparar esta excepción que el asalariado, o sus parientes próximos, disfruten de la propiedad de una parte esencial de la entidad empleadora. Esta última circunstancia puede equipararse a la falta de ajenidad por la cual, como se analizó en el epígrafe 3.2., el Tribunal Supremo niega la condición de alto directivo al miembro del órgano de administración que dispone de una participación en el capital social del 50% o más. En cualquier caso, en los reiterados pronunciamientos en que la Sala IV ha venido aplicando la teoría del vínculo ha sido práctica habitual analizar el grado de participación de que goza el directivo y administrador en el patrimonio de la sociedad, remitiéndose, una vez más, a la casuística variada y huyendo de juicios apriorísticos.

⁵⁶ STJUE HJ, ya citada, apartados 42 y 43.

⁵⁷ Recientemente se ha sostenido por Martínez Moreno la plena compatibilidad entre la doctrina sentada por el TJUE y la teoría del vínculo, en *Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros*. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social. N°6. 2023. Págs. 63 a 88.

⁵⁸ SSTJUE de 10 de febrero de 2011, Andersson, asunto C-30/10, apartado 24; HJ, citada, apartado 46.

6. REFLEXIONES FINALES: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En el contexto de una materia sometida a constantes cambios legislativos y sucesivas reformas, como es el caso del Derecho laboral, difícilmente puede pretenderse que la teoría del vínculo construida por nuestra doctrina jurisprudencial más de treinta años atrás pueda mantenerse incólume, para continuar siendo aplicada con todo su rigor inicial y sin adaptación alguna a la nueva realidad jurídica, nacional y europea, que condiciona la labor del administrador social y, muy singularmente, el estatuto del alto directivo.

Algunas de las razones principales que justificaron en su momento la elaboración de la teoría del vínculo han desaparecido en las ulteriores modificaciones legales, o, cuanto menos, no preservan la trascendencia que se le atribuyó en el pasado. Si bien inicialmente esta jurisprudencia respondió a la necesidad imperiosa de evitar un fraude de ley palmario por parte de los administradores sociales al intentar percibir remuneraciones que escaparan al control de los órganos societarios al amparo de una relación laboral fingida, en la actualidad este aserto no encuentra un cobijo legal suficiente.

Como se ha explicado, a partir de la reforma operada por la Ley 31/2014 los emolumentos recibidos por el administrador, y, particularmente, por el consejero delegado, habrán de preverse en los estatutos sociales y ser conformes con la política retributiva aprobada por la junta general, debiendo pormenorizarse este extremo en el contrato que ha de celebrarse entre el consejo de administración y el segundo de aquéllos. Aunque no puede sostenerse que el legislador haya pretendido calificar esta relación contractual como laboral, tampoco puede ignorarse que, dada las garantías introducidas por la norma en la supervisión de la remuneración de los administradores por la propia sociedad, desde esta perspectiva, no resulta imprescindible la teoría del vínculo para evitar la consumación de un fraude por dichos administradores, ya que los mismos no podrán en ningún caso soslayar los preceptivos controles societarios.

Tradicionalmente se ha considerado que el alto nivel retributivo de los administradores con funciones directivas les confiere una posición privilegiada en el desempeño de su cometido, haciendo innecesaria la intervención del Derecho laboral para tutelar los intereses de aquéllos, sino que más bien sería precisa la protección de la sociedad⁵⁹. Ya el art.7 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 hacía mención a la importancia de los emolumentos de los altos directivos para poder reputarlos independientes en su actividad, y, por ende, excluidos de la legislación laboral. Sin embargo, la concepción obrera del primitivo Derecho del Trabajo ha sido paulatinamente corregida por las diversas normas que han sido promulgadas, desde la misma Ley de Contrato de Trabajo de 1944 bajo cuya vigencia la jurisprudencia restringió notablemente la exclusión laboral del

⁵⁹ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. pág.56

directivo, hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980 que lo incluye en su ámbito de aplicación como relación laboral especial. Actualmente no resulta acertado entender el ordenamiento social como exclusivamente tuitivo del asalariado que ejerce su actividad en condiciones precarias, sino que se extiende a cualquier sector profesional en cuya prestación de servicios concurren los presupuestos de laboralidad del art.1.1 del ET, quedando desprovisto del carácter proletario que lo distinguía en su origen.

Esta tendencia al acrecentamiento del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo ha sido ostensible, no sólo en la esfera nacional, sino muy singularmente en los numerosos pronunciamientos del TJUE, el cual, como se ha constatado, parte de un concepto amplio de trabajador por cuenta ajena, por cuanto siempre que se trate de una persona que preste sus servicios retribuidos por cuenta de un empleador del que dependa habrá de ser calificado como trabajador a los efectos pertinentes de Derecho de la Unión, y, en estos casos, será de aplicación obligada el conjunto de normas sociales comunitarias, independientemente de cualquier otro factor concurrente. El lector agudo se ha percatado de los esfuerzos argumentales que se requieren para superar la aparente contradicción entre esta doctrina emanada del Tribunal europeo y la teoría del vínculo.

Buena parte de la doctrina ha demandado una reforma legislativa que tenga por objetivo preservar la “*unidad de régimen jurídico de la administración social*”⁶⁰, adicionando expresamente a la redacción del art.1.3 c) del ET la exclusión de los consejeros ejecutivos de la aplicación del Derecho laboral, sin que se limite este precepto a los que desempeñen “*pura y simplemente*” el cargo de administrador. A esta tarea se consagraba precisamente la teoría del vínculo, toda vez que al negar la condición de trabajador al consejero que ejerciera funciones directivas impedía la existencia de un doble vínculo, de un lado el de carácter societario-orgánico, y de otro el laboral, siendo preponderante el primero de ellos. Es innegable que con esta jurisprudencia se han evitado los efectos perniciosos de atribuir a dos órdenes jurisdiccionales el conocimiento de distintos aspectos de un conflicto generado en el seno de una sola relación de prestación de servicios.

No es menos cierto, sin embargo, que existen numerosas materias cuyo conocimiento se atribuye a más de un orden jurisdiccional, particularmente las de carácter laboral y de protección social, entre las que existe una estrecha vinculación con las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Aun cuando en todos estos ámbitos concurren diversos órdenes, ello no implica necesariamente un menoscabo a la seguridad jurídica, siempre que tanto el régimen jurídico sustantivo de fondo como los criterios procesales de distribución de competencias sean

⁶⁰ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. pág.59. Con esta literalidad se refería el autor a la necesidad de conservar un único estatuto jurídico del administrador social, sin que éste se vea escindido entre del Derecho mercantil y el laboral. En el mismo sentido, Sánchez-Urán Azaña, Y. op. cit. págs. 32 y 33.

claros e inequívocos, sin incurrir en el tan odiado *peregrinaje de jurisdicciones*. En todo caso, esta configuración legal no es inmutable, en tanto que, en muchas ocasiones, “*el reparto de competencias obedece, en gran medida, a razones históricas y convencionales, y no a un principio general*” que sea consustancial a la naturaleza misma de la materia jurídica de que se trate⁶¹. De esta forma, el seguir vetando el enjuiciamiento por la jurisdicción social de las cuestiones atinentes al estatus laboral del consejero que pudiera alcanzar la condición de alto directivo no resultaría acorde con la evolución histórica que comprende cada vez más al Derecho laboral como un Derecho profesional, y no tanto obrero.

En orden a fijar unos criterios de distribución competencial nítidos, los mismos habrían de partir de la confección de los supuestos concretos en los que el consejero ejecutivo podría ser calificado como trabajador al insertarse en la relación especial del alto directivo, matizando y revisando la teoría del vínculo. Es imprescindible que estos nuevos parámetros legales que estableciera una hipotética reforma sean los suficientemente precisos como para disipar las dudas propias de la utilización de términos excesivamente genéricos y amplios, como los que emplea el actual art.1.3.c) del ET. En el buen entendimiento de que en Derecho, como en otras disciplinas sociales, ninguna institución, categoría o regulación surge *ex novo*, sino por una reformulación de lo anterior, para fijar aquellos criterios de laboralidad del consejero ejecutivo habría de acudir a la norma siempre emparentada a la laboral, es decir, a legislación de Seguridad Social, confiriéndole la utilidad vanguardista de que gozó en la década de los años cincuenta.

Como precedente de la regulación vigente, la DA 43^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre vino a modificar la LGSS de 1994, disponiendo que habrían de incluirse en el Régimen General los altos directivos cuando no formen parte del órgano de administración social⁶². En caso de pertenecer a este órgano habrían de quedar encuadrados en el RETA, al igual que cuando el que preste servicios por cuenta de la sociedad posea el control efectivo de la misma⁶³, relacionando por primera vez el legislador una serie de circunstancias concernientes a la participación en el capital social por las que se entenderá concurre dicho control. Esta presunción será *iuris et de iure* cuando la participación alcance la mitad del capital, y en el resto de casos, se presumirá *iuris tantum*, corrigiendo la indefinición del régimen legal previo y las vacilaciones de la jurisprudencia que lo interpretó⁶⁴.

En la actualidad, el art.136.2.c) de la LGSS de 2015 ha avanzado en la protección social de los altos directivos, ya que, incluso cuando estén integrados

⁶¹ STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 3º.

⁶² Art.97.2.a) de la LGSS de 1994.

⁶³ DA 27 de la LGSS de 1994.

⁶⁴ Un análisis pormenorizado de la cuestión en Fernández Montalvo, R. *El régimen de la Seguridad Social de los Administradores de sociedades de capital: un ejemplo de evolución*

en el órgano de administración, se encuadrarán en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, siempre que no gocen del control efectivo de la sociedad, lo que podrá acreditarse combinando las distintas presunciones que establece el art.305.2.b) del mismo texto, siguiendo la estela de la norma anterior aunque con determinados cambios. Esta innovación supone que, aunque el trabajador que ejerza funciones de alta dirección tenga la condición de administrador social, no implica su calificación como autónomo a efectos de Seguridad Social, sino que puede ser calificado de trabajador por cuenta ajena, siendo el requisito determinante que carezca del control efectivo de la sociedad⁶⁵.

En aras a adaptar la concepción jurídica del consejero ejecutivo que maneja nuestro ordenamiento a los nuevos escenarios analizados, sería una buena opción legislativa tomar el control efectivo de la sociedad como frontera cierta entre la inclusión o exclusión de aquél en el Derecho del Trabajo, dotando a nuestra norma nacional de una mayor armonía con el régimen de protección social, y, principalmente, con la doctrina jurisprudencial comunitaria, en la que los presupuestos clásicos de ajenidad y dependencia del asalariado son capitales para perfilar el concepto de trabajador.

jurisprudencial. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 9. 1998. Págs. 29 a 42.

⁶⁵ González Ortega, S. *La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos*. Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Nº 144. 2019. Pág. 127.