

Laboral

¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?

Ante la exigencia de formalizar un contrato para los consejeros ejecutivos, se impone la necesidad de replantear la teoría del vínculo.

Aún no ha llegado ese momento en el orden social, que reproduce la tesis elaboradora en los años ochenta sin cuestionar un realidad legal y social distintas.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Se puede afirmar que nada cambia cuando, analizada una nueva situación, la conclusión es idéntica a la anterior. Pero cuando lo que se analiza es la misma situación, nada cambia porque nada puede cambiar. Eso es lo que ocurre con 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 en dicha sentencia. 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 la misma 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 entiende el Tribunal que, 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 dado que no se ha acreditado 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, con 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. Consta que el actor había prestado servicios para la empresa con la categoría profesional de comercial, desempeñando funciones comerciales, gestión y mantenimiento de cartera. 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.

2. 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 lo dispuesto en la STS 28 de septiembre de 2017, Ar. 4523 que, a su vez, acude a la tesis defendida en la STS 26 de diciembre de 2007, Ar. 1777/2008. En ambos casos se emplea la vieja teoría del vínculo para defender que la relación es mercantil con argumentos ya bien conocidos. «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 ajeneidad 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, como ocurre con el demandante del presente pleito, en cuanto, además de

ser titular de un tercio del capital social, era administrador solidario junto con los otros dos socios, siendo función típica de estas personas que forman parte del órgano de gobierno de la empresa la representación y suprema dirección de la misma, sin que su relación nazca de un contrato de trabajo sino de una designación o nombramiento por parte del máximo órgano de gobierno, de modo que su relación tiene carácter mercantil. 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).

A tal fin, se recupera la tesis defendida en la STS 22 diciembre de 1994, Ar. 10221, en la que se indica cómo es necesario “tener en cuenta que las actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad son las actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles, cualquiera que sea la forma que éstos revistan, bien se trate de Consejo de Administración, bien de Administrador único, bien de cualquier otra forma admitida por la Ley; y así, en el ámbito de la sociedad anónima, los órganos de esta clase, que se comprendían en los artículos 71 a 83 de la Ley 17 julio 1951 y actualmente se recogen en los artículos 123 a 143 del Texto Refundido de la

Ley de Sociedades Anónimas aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, 22 de diciembre, tiene precisamente como función o misión esencial y característica la realización de esas actividades, las cuales están residenciadas fundamentalmente en tales órganos, constituyendo su competencia particular y propia. Por ello es equivocado y contrario a la verdadera esencia de los órganos de administración de la sociedad entender que los mismos se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía. Por consiguiente, todas estas actuaciones comportan «la realización de cometidos inherentes» a la condición de administradores de la sociedad, y encajan plenamente en el «desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad», de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3,c) del Estatuto de los Trabajadores” (FJ 3).

En atención a lo expuesto, la Sala recuerda que ya ha resuelto esta cuestión sobre la compatibilidad entre las funciones de consejero delegado y alto cargo en el sentido anterior (SSTS 21 enero 1991, Ar. 65, 13 mayo 1991, Ar. 3906, 3 junio 1991, Ar. 5123, 18 junio 1991, Ar. 5152, 27 enero 1991, Ar. 76 y 11 de marzo 1994, Ar. 2287) decidiendo en tales casos que, 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.

3. 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” (FJ 3).

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, concebido, en principio, como gratuito, salvo si los estatutos sociales indicaran lo contrario. Por lo demás, 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 (ya desde la STS de 29 de septiembre de 1988, Ar. 7143) 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.

4. 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 admitir 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.

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 la exclusión apriorística que realizan algunos colegas, férreos defensores de la pervivencia de la teoría del vínculo, no deja de entrañar 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”]. Una realidad que, a buen seguro, exigirá un detalle más preciso, armonizado y moderno en el orden social sobre la condición laboral —o no— de los consejeros ejecutivos.